

LA PROTECCIÓN DEL PACIENTE ANTE EL FENÓMENO DE LAS LISTAS DE ESPERA¹

Joaquín Cayón de las Cuevas

*Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad
del Gobierno de Cantabria. Profesor Asociado de Derecho Mercantil
de la Universidad de Cantabria*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DEL PACIENTE ANTE LAS DEMORAS EXCESIVAS. 2.1. Reintegro de gastos sanitarios en caso de asistencia sanitaria recibida por medios ajenos al sistema nacional de salud en los supuestos de demoras excesivas. 2.2. Responsabilidad patrimonial por daños derivados de las demoras excesivas. 2.3. Otras posibles vías alternativas de reclamación. 3. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE TIEMPOS MÁXIMOS DE RESPUESTA. 3.1. Configuración normativa de la garantía de tiempo de las prestaciones sanitarias. 3.2. Elementos subjetivos de la garantía de tiempo. 3.3. Elementos objetivos de la garantía de tiempo. 3.4. Sistemas autonómicos de garantías de tiempos máximos de respuesta. 4. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO

Resulta pacíficamente asumido que uno de los objetivos esenciales de un sistema sanitario público es garantizar el acceso universal y equitativo a unas prestaciones de la máxima calidad y lo más amplias posibles. En este sentido, el sistema de

listas de espera, como instrumento de entrada común a los servicios, garantiza la equidad en el acceso a la asistencia sanitaria. Desde esta perspectiva, resulta indudable que las listas de espera, en principio, pueden constituir un elemento de racionalización y planificación del acceso al sistema sanitario público, siempre y cuando resulten razonables. No obstante, cuando las demoras son excesivas se produce un sufrimiento añadido a un gran número de pacientes que puede ocasionar un deterioro de su situación clínica desgastando de forma grave la confianza de la ciudadanía en el sistema sanitario público². Así las cosas, el derecho a una

¹ Se insertan en el presente trabajo (epígrafe 4) las conclusiones derivadas de la mesa de trabajo celebrada el 11 de noviembre de 2009 en el seno del XVIII Congreso de Derecho y Salud, a partir de una exposición inicial del autor sobre los diversos problemas jurídicos que plantea el tema objeto de estudio. Los planteamientos expuestos en la intervención realizada en el Congreso (epígrafes 1 a 3 del trabajo) se encuentran recogidos de forma más amplia en J. CAYÓN DE LAS CUEVAS “Tratamiento jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias”, en J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (Dir.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pgs. 73-112.

² Las listas de espera *razonables* constituyen un elemento inherente a los sistemas sanitarios públicos en los que la asistencia se presta con medios propios, siendo infrecuentes en aquellos sistemas de asistencia privada y reintegro total o

asistencia sanitaria de calidad debe traducirse en la adopción de medidas que aborden de forma integral el fenómeno de las listas de espera. Sin embargo, el sistema sanitario público se sigue viendo amenazado por el fenómeno de listas de espera inasumibles socialmente, aspecto que ha sido reiteradamente puesto de relieve en los informes del Defensor del Pueblo como consecuencia del importante número de quejas recibidas. Es por ello que la doctrina más autorizada ha llegado a calificar el problema de las listas de espera como la “*asignatura pendiente*” de nuestro Sistema Nacional de Salud pues no es difícil convenir que continúa constituyendo uno de los aspectos menos satisfactorios de nuestra sanidad pública³.

Ante esta problemática situación, la posición jurídica del paciente ante las demoras en el acceso y ejecución de las prestaciones sanitarias ha sido tradicionalmente abordada en el Derecho español a través de dos mecanismos correctores claramente insuficientes: el reintegro de gastos sanitarios, cuando la asistencia sea prestada por medios ajenos al Sistema Nacional de Salud ante esperas excesivas, y la indemnización por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuando la demora haya generado un daño⁴. Junto a estas dos técnicas, resulta preciso abordar el análisis de otros procedimientos alternativos que traerían causa de la actual incardinación de las prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud con el consiguiente abandono de su consideración como prestaciones de Seguridad Social. De este modo, postulamos aquí como consecuencia derivada de este cambio de paradigma la aplicabilidad a las demoras de las técnicas jurídico-administrativas de carácter general. Finalmente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Cali-

dad del Sistema Nacional de Salud, ha abierto la puerta a otra herramienta de indudable potencialidad: el sistema de garantías de plazos máximos de respuesta, instrumento que, sin embargo, se viene desarrollando de diferente manera por las Comunidades Autónomas. Es intención del presente trabajo proceder al análisis separado de cada uno de los remedios comentados.

2. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DEL PACIENTE ANTE LAS DEMORAS EXCESIVAS

2.1. Reintegro de gastos sanitarios en caso de asistencia sanitaria recibida por medios ajenos al sistema nacional de salud en los supuestos de demoras excesivas.

Como resulta conocido, el reembolso de gastos sanitarios en el ordenamiento jurídico español descansa sobre un principio general: la asistencia sanitaria se presta por los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, no admitiéndose el reintegro de gastos médicos salvo excepciones legal o reglamentariamente establecidas⁵. No existe pues, como regla general, un derecho de opción para el particular entre medicina pública o privada, sino que el reembolso de los gastos generados por la asistencia en esta última tendrá un carácter excepcional a justificar ante los Tribunales⁶, tal y como resulta del artículo

⁵ Para una profundización de conjunto, *vid.* las monografías de CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M.C., *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1998 y de POLO SÁNCHEZ, M.C., *Reintegro de gastos médicos y Estado del Bienestar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

⁶ CAPILLA BOLAÑOS, J.A. “La casuística de los reintegros de los gastos médicos”. *Actualidad Laboral*, nº 34, 1996, pág. 658. BLASCO LAHOZ, J.F., “El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, *Aranzadi Social*, nº 11, 2004 (Westlaw [BIB 2004/1570](#)), SEMPERE NAVARRO A.V., “Alcance actual de la obligación de reintegrar los gastos por asistencia sanitaria” *Aranzadi Social*, vol. I, 1997, paraf. 14 (Westlaw [BIB 1997/806](#)), RUBIO SANCHEZ, F., “Estudio de algunos supuestos de reintegro de gastos por prestaciones sanitarias externas al Sistema Nacional de Salud”, *Aranzadi Social*, Vol. II, 1999, paraf. 38 (Westlaw [BIB 1999/1540](#)) y ARETA MARTÍNEZ M. “Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el Sistema Nacional de Salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad Social: comentario de la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16 de marzo de 2007 (AS 2007, 3164)”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2007, págs. 1292-

parcial por acto médico. En todo caso, si bien representan una manifestación de la aceptación y la consolidación social del sistema sanitario público de nuestro país, debe recordarse que el sistema también puede “morir de éxito”, especialmente si no se articulan soluciones efectivas para los supuestos asistenciales y socialmente inadmisibles.

³ PEMAN GAVIN, J., “Las prestaciones sanitarias públicas: Configuración Actual y Perspectivas de Futuro”. *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001, pág. 140.

⁴ Como señala PEMAN GAVIN, J. la posición jurídica del ciudadano ante esta situación carece de consistencia —resulta, por el contrario, más bien precaria—, por más que el Derecho positivo le reconozca de modo inequívoco el derecho a las prestaciones sanitarias (PEMAN GAVIN, J., “Las prestaciones sanitarias públicas...” *ob.cit.*, pág. 138).

102.3 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (precepto vigente al no resultar derogado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), del artículo 17 de la Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad, y finalmente, del artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

La excepción a esta reiterada regla general de prestación de la asistencia por medios propios encuentra actualmente su concreción reglamentaria en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, cuyo artículo 4.3 determina que la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Al margen queda lógicamente lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte, o bien en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero⁷.

1303. En contra, AMEZQUETA ZUNZARREN, J.M. quien considera que “el citado principio general debería ser corregido porque las reclamaciones de reintegro de gastos médicos no tienen un fin lucrativo, en la medida en que el beneficiario únicamente podrá conseguir el reintegro de unos gastos que ha abonado o deba abonar, y no otras compensaciones, no suponiendo aquél una ganancia o beneficio para el que lo solicita, sino simplemente el mantenimiento de un nivel económico del que ya se disfrutaba”, en “Asistencia sanitaria con medios ajenos a la Seguridad Social: Los reintegros de gastos médicos”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 1991, pgs. 313 y 314.

⁷ El precepto reglamentario sustituye la previsión del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (artículo 5.3) del que ya había desaparecido como supuesto de reintegro la denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida, consagrado en el antiguo Decreto 2766/1967 (artículo 18). Concretamente, el mencionado artículo 5.3 disponía que “en

De este modo, en determinados casos, cabe entender que el exceso en la espera puede generar una urgencia vital, de modo que cabría subsumir la demora desproporcionada en el presupuesto legitimador de la institución del reintegro⁸. Sin embargo, dichos casos son obviamente extraordinarios, quedando fuera aquéllos que no presenten la necesaria vinculación con la urgencia vital. Ahora bien, fuera del supuesto de la urgencia vital, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, no cabe acudir al mecanismo del reintegro de gastos⁹, sin perjuici-

los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Desde un punto de vista jurisprudencial, cabe significar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la cuestión relativa al reintegro de gastos médicos generados al margen del sistema sanitario público. Así, por todas, cabe traer aquí a colación la STS, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007 (RJ 2008, 694), paradigma de la doctrina del Alto Tribunal en la materia. En este sentido, conforme a la regulación vigente y a la doctrina de la Sala, en la actualidad son cuatro los requisitos exigidos para que proceda el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público. Dos de ellos tienen carácter positivo: que se trate de urgencia inmediata y que sea de carácter vital; los otros dos son requisitos negativos, consistentes, en primer lugar, en que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y, en segundo lugar, que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción. Si bien la sentencia mencionada no viene a interpretar el régimen contenido en el vigente RD 1030/2006 sino el del derogado RD 63/1995, hemos de señalar que resulta perfectamente extensible a aquél al no haber diferido la regulación de los requisitos del presupuesto habilitante del reintegro.

⁸ Según DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E. “la lista de espera concurrente con una situación de urgencia vital justifica el recurso a la asistencia externa, pero entonces estamos ante un supuesto mixto en el que probablemente debe primar la denegación si la espera es anormal”, en “El reintegro de gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 44, 2003, pág. 26.

⁹ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que existe alguna doctrina de suplicación que, con posterioridad a la entrada en vigor del RD 63/1995 mantuvo la subsistencia de la desaparecida denegación injustificada como supuesto autónomo de reintegro. Es el caso, entre otras, de la STSJ de Murcia de 17-4-2000 (AS 2000/1038), STSJ de Cataluña de 8-3-2001 (AS 2001/2009) y STSJ de Madrid de 20-11-2001 (AS 2002/659), alguna de ellas con invocación de la STS de 8-11-1999 (RJ 1999/9416), en la que se afirmaba la vigencia de la denegación injustificada en el caso de reintegro por error de diagnóstico, aún a pesar de su desaparición del RD 63/1995, por considerar este supuesto de creación jurisprudencial. No

cio del especial régimen del reintegro en el Derecho comunitario que no es posible glosar aquí¹⁰. Así las cosas, entendemos que la regulación jurídico-positiva y la interpretación jurisprudencial de tales requisitos permite afirmar que el reintegro de gastos como consecuencia de demoras excesivas en la atención sanitaria pública constituye una *vía insuficiente* para abordar el problema de las esperas, en la medida en que el reconocimiento de la procedencia del reembolso de los gastos se vincula a la concurrencia de la urgencia vital.

2.2. Responsabilidad patrimonial por daños derivados de las demoras excesivas.

Una segunda vía empleada jurisprudencialmente para permitir el resarcimiento de tales gastos en medios ajenos al Sistema Nacional de Salud es la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, reconocida constitucionalmente en el artículo 106 de nuestra Carta Magna y generosamente regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pú-

blicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹. Conforme a la citada regulación, se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Incluso, a mayores, la propia Ley 30/1992 contiene una cláusula específica de atribución competencial en el caso de daños causados por la asistencia prestada por las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas (Disposición Adicional Duodécima).

Pues bien, teniendo en cuenta que la lesión puede producirse por acción u omisión, un importante sector doctrinal entiende que la responsabilidad patrimonial es la institución a través de la cual cabría una subsistencia práctica del reintegro por denegación indebida de la asistencia –en la que cabe incardinar la demora–, al margen de la concurrencia de urgencia vital¹². Ello trae como lógica

obstante, como afirman DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E. se trata de una sentencia de interés jurisprudencial limitado pues tiene por objeto la declaración de improcedencia de un recurso por falta de contradicción, “El reintegro de gastos...”, ob.cit., pág.15. En el mismo sentido crítico, GUERRERO ZAPLANA, J., en *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, 4ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 202, califica estas soluciones jurisprudenciales de voluntaristas dado que tampoco se fundamentan en razonamiento legal alguno, limitándose a señalar la antecitada STSJ de Murcia de 17-4-2000 (AS 2008/1038) que “la denegación de asistencia debe seguir subsistiendo mientras no exista previsión legal al respecto”.

¹⁰ En el ámbito del Derecho comunitario, la base normativa sobre la que se asienta el régimen de reintegro de gastos médicos en el caso de tratamientos transfronterizos derivados de demoras en el Estado de origen, viene constituida por el artículo 22 del Reglamento CEE 1408/1971, del Consejo, de 14 de junio de 1971 (modificado y actualizado por el Reglamento CEE 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996) y en el artículo 49 del Tratado de la Comunidad Europea, cuya interpretación ha sido tratada en la importante *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de mayo de 2006* (TJCE 2006, 141), recaída en el Asunto *Watts*¹⁰, que constituye un destacado hito en la doctrina de la Gran Sala en relación con el alcance y extensión del derecho al reintegro de gastos médicos ocasionados por la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del de residencia, como consecuencia de no recibir en el Estado de origen tratamiento médico en un plazo razonable de tiempo.

¹¹ Desarrollada mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Sobre las características generales, requisitos y elementos de la responsabilidad de la Administración Sanitaria, *vid.* SEGURA GARCÍA, B, Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria, en LARIOS RISCO, D. (Coord.), *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 380-385.

¹² DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E. ob.cit., pág. 19, GUERRERO ZAPLANA, J., ob.cit., pág. 212, CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M.C., ob.cit. pág. 24, y DÍAZ AZNARTE, M.T., “Las prestaciones médico-sanitarias (II)” en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Comares, Granada, 2007, pág. 274. Particularmente nos adherimos a dicha posición con un importante matiz: el reintegro tiene como efecto el reembolso, hasta determinado límite, del gasto producido; por el contrario, la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial tiene un contenido diferente que incluye el daño material y, en su caso, el daño moral, calculándose con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables (artículo 141.2 de la Ley 30/1992). En otras palabras, la Administración indemniza, no reembolsa. Por ello, no se trataría tanto de que el reintegro por denegación indebida de la asistencia se

consecuencia el conocimiento de tal clase de asuntos por la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como quieren expresamente tanto la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículo 9.4) como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 2.e)¹³.

Hemos de resaltar que, en nuestra opinión, incluso los supuestos de reintegro de gastos por demoras en las que concurra urgencia vital deberían resultar de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁴. En efecto, el reintegro

incardine dentro del instituto de la responsabilidad, como de que tal denegación -si produce un daño- resulta indemnizable por resultar imputable al funcionamiento de la Administración. Nótese cómo ni reembolsar equivale técnicamente a indemnizar ni el fundamento del extinto reintegro por denegación indebida de asistencia coincide con el de la responsabilidad patrimonial.

¹³ La redacción actual de ambos preceptos trae causa de la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, efectuada en el ánimo de dejar definitivamente zanjada la atribución de la responsabilidad de las Administraciones Públicas al orden contencioso-administrativo. La competencia del orden contencioso-administrativo ha sido confirmada incluso por el *Auto 49/2002, de 20 diciembre, de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo* (JUR 2009, 12652) que atribuye a dicho orden jurisdiccional, en detrimento del social, una solicitud de reintegro de gastos de un tratamiento de fertilidad privado realizado tras cuatro años en lista de espera, momento en que la mujer superaba los 40 años. El Alto Tribunal argumenta que “aunque la indemnización reclamada por los demandantes al Ministerio de Sanidad y Consumo se limitaba al importe de lo satisfecho en una Clínica Ginecológica por un primer ciclo de reproducción asistida, que no les fue prestado en un Hospital del INSALUD, donde, después de cuatro años, fueron llamados a consulta, no se trata meramente de reclamar el reintegro de unos gastos médicos que no fueron realizados por la referida Institución Pública Sanitaria sino de ser indemnizados por un defectuoso funcionamiento de la Administración sanitaria al tenerles en una lista de espera a pesar de conocer la edad de la mujer, para después negar la asistencia debido a que ésta había ya cumplido los cuarenta años, por lo que realmente se está ante una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”.

¹⁴ En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”. *Aranzadi Social*, nº 5, 2004, pág. 70, que atribuye al peso de la tradición y a la inercia el hecho de que la jurisdicción social siga conociendo de los litigios derivados de la prestación de asistencia sanitaria a los trabajadores y otros beneficiarios, en la práctica y en su casi totalidad, promovidos para obtener el reintegro de gastos por prestación de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital a cargo de entes distintos del Sistema Nacional de Salud. Por el contrario, si bien constituye una tesis minoritaria, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E., ob.cit. pág. 20, aunque asumen que el conoci-

de gastos médicos fue tradicionalmente conocido por la jurisdicción social en atención a la circunstancia de encontrarnos dentro del ámbito prestacional de la Seguridad Social [artículo 38.a) LGSS], por lo que la jurisdicción natural era la social a tenor de lo previsto en el artículo 2.b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, tal y como argumentó la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8182). Sin embargo, hemos de tener en cuenta que en la actualidad las prestaciones sanitarias ya no lo son del Sistema de Seguridad Social, sino del Sistema Nacional de Salud¹⁵. Si ello es así, y teniendo además en cuenta

miento de los supuestos de denegación injustificada de asistencia, desde el punto de vista literal, se atribuye al contencioso-administrativo defienden que “si nos atenemos a la letra de los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA, hay pocas dudas al respecto (...). Si examinamos la finalidad de la reforma de 1998/1999, podría obtenerse otra conclusión. Lo que pretendió la reforma fue eliminar la caótica “multiplicidad” de jurisdicciones en las reclamaciones por daños producidos por la prestación deficiente de la asistencia sanitaria. Pero la denegación de la asistencia sanitaria no equivale a una prestación deficiente de ésta, ni lo problemas que suscita son los mismos (...). Cabría sostener, por tanto, que la denegación injustificada en cuanto pleito típico de Seguridad Social sigue siendo competencia del orden social”. Además, critican *de lege ferenda* que la atribución al contencioso-administrativo supondría una dualidad jurisdiccional: orden social para la urgencia vital y orden contencioso-administrativo para la denegación injustificada de asistencia. Por nuestra parte, coincidimos con ellos en lo indeseable de la dualidad jurisdiccional, pero creemos que la solución al problema apuntado consiste precisamente en despojar al orden social del conocimiento de los reintegros por urgencia vital y atribuirlos a la jurisdicción contencioso-administrativa y nunca la solución inversa. Unidad jurisdiccional sí, pero en sede contencioso-administrativa. Con independencia de lo anterior, como señala certeramente LANTARÓN BARQUÍN, D. en *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, pág. 282, “el mantenimiento de la ausencia del supuesto en el actual RDCS (léase RD 1030/2006) nos distancia irremisiblemente de la consideración del silencio legal como olvido”.

¹⁵ En efecto, entendemos que el derecho a las prestaciones sanitarias no descansa en el artículo 41 CE sino en el artículo 43 CE precisamente como consecuencia de la universalización del derecho a la asistencia sanitaria -operación reforzada por la Ley 16/2003- y del título jurídico aplicable para su exigencia que no es ya la condición de asegurado del beneficiario sino la de ciudadano. Precisamente por ello, el título competencial que puede invocar el Estado para legislar en materia sanitaria ya no es el artículo 149.1.17ª CE sino el más limitado artículo 149.1.16ª CE. Como corolario de lo anterior, la asistencia sanitaria ya no se financia con cotizaciones de los

afiliados a la Seguridad Social sino presupuestariamente a través de los tributos de los ciudadanos. Este tránsito de un Sistema de Seguridad Social a un Sistema Nacional de Salud es asumido por la mayor parte de la doctrina administrativista e, incluso, laboralista, si bien, posiblemente, no se han extraído aún todas las consecuencias jurídicas derivadas de esta importante transformación. VIDA FERNÁNDEZ, J. explica el proceso de transformación gradual arriba consignado en “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios”, capítulo del libro de PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Coords.). *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 39 a 42. La doctrina administrativista mantiene de forma prácticamente unánime esta posición: DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Igualdad, derechos de los pacientes, y cohesión del Sistema Nacional de Salud” en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Coords.), ob.cit., págs. 20 y 21, TORNOS MAS J., “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, pág. 4. y BELTRÁN AGUIRRE J.L., en varios artículos: “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: Cuestiones en torno a la igualdad”. *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, pág. 25; “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 11, 2003, pág. 129; y “¿Sistema Nacional de Salud o Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social?”. *Derecho y Salud*, Vol. 15, Extraordinario Foro SESPAS-AJS, 2007, pág. 34. La misma posición mantiene la mayoría de la doctrina laboralista desde la conocida toma de postura de ALONSO OLEA, M., en su manual *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1999, págs. 19-20. Así, sostienen esta concepción, que aquí compartimos, DE LA VILLA GIL, L.E. “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2004, págs. 593 y ss y MONTOYA MELGAR, A., ob.cit., pág. 67. En cualquier caso creemos que cualquier polémica sobre el particular debe entenderse definitivamente superada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004/98) cuyo Fundamento Jurídico 5º señala que “rechazada la posibilidad de incardinar la controversia planteada en el título competencial antes apuntado, es preciso analizar si es posible encuadrarla dentro del título –también esgrimido por el Abogado del Estado– relativo al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17ª CE). Tal posibilidad, sin embargo, ha de ser rehusada, pues en tanto que el precepto aquí impugnado se refiere a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionadas por el «Sistema Nacional de Salud», nuestro control de la constitucionalidad determina que el marco conceptual y competencial específico aplicable aquí sea el de la «sanidad» (art. 149.1.16ª CE) y no el de la «Seguridad Social» (art. 149.1.17ª CE). Más adelante precisa que “a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17ª CE)” para acabar concluyendo que “en suma, la

que los Servicios de Salud no participan de la naturaleza de Entidades Gestoras de la Seguridad Social¹⁶, no existe razón alguna para atribuir al orden social una materia ajena al régimen de Seguridad Social. Por ello, entendemos que esta es una más de las consecuencias derivadas del tránsito del Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud, en este caso de orden procesal¹⁷.

cuestión debatida se encuadra en el ámbito material correspondiente a la «sanidad» (art. 149.1.16ª CE)”.

¹⁶ Así lo considera, obiter dicta, el conocido Auto 8/2005, de 20 de junio, de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (RJ 2005/4466) que, precisamente por dicho motivo, declara competente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias que se susciten con el personal estatutario de los servicios de salud. Concretamente señala que “en definitiva, desde el punto de vista subjetivo, de la condición de personal de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se ha pasado a la de personal al servicio de la Administración sanitaria (Servicio Nacional de Salud), que aglutina tanto al antiguo personal estatutario como al personal funcionario sanitario que presta servicios en distintas instituciones sanitarias, afectando a los elementos personales de la relación; y en el aspecto objetivo, de la prestación sanitaria de la Seguridad Social se da el paso al reconocimiento del derecho a la protección integral de la salud, a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios al efecto (art. 43 CE y 45 LGS). Estas modificaciones, resultan suficientemente significativas, para entender superada la situación o relación jurídica contemplada en el art. 45.2 de la LGSS de 1974, que se tuvo en cuenta al efectuar la atribución a la Jurisdicción Social de la competencia para resolver los litigios surgidos en el ámbito de aquella relación, atribución de competencia que pierde así su objeto, justificación, vigencia y aplicabilidad en el ámbito del nuevo Sistema Nacional de Salud y la relación jurídica funcional que une al personal sanitario con dicha Administración, de acuerdo con el Estatuto Marco” (Fundamento de Derecho Tercero).

¹⁷ VIDA FERNÁNDEZ, J., en “Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, 2005, pág. 20, alaba la consecuencia procesal descrita señalando que “con ello se favorece la unidad de jurisdicción en lo relativo a las prestaciones sanitarias de las que, hasta ahora, ha venido conociendo el orden social. La escisión definitiva del Sistema de Seguridad Social que supone la LCCSNS favorece la concentración del control de las actuaciones de las Administraciones Públicas con respecto a las prestaciones sanitarias en el orden contencioso-administrativo. De este modo se termina con el desajuste que supone el sometimiento a procesos de características distintas y la consideración por parte de los jueces desde parámetros diferentes como son los propios de lo contencioso-administrativo y de lo social. Esta situación, que exige una revisión integral de la jurisdicción competente en la normativa estatal e incluso en la autonómica, se ha mantenido, más que otra cosa, por la inercia de la tradición” (pág. 20).

2.3. Otras posibles vías alternativas de reclamación.

Sentada la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de las solicitudes de reintegros de gastos médicos, procede determinar el procedimiento de reclamación administrativa y judicial que permita tal reembolso en caso de urgencia vital. Efectivamente, el reintegro y la responsabilidad patrimonial responden a fundamentos diferentes. En la primera de las instituciones no tiene que mediar necesariamente un daño: la misma urgencia vital es presupuesto habilitante del reembolso que se justifica en la imposibilidad material, debida al estado del paciente, de ser atendido en un centro sanitario público. Por el contrario, la responsabilidad patrimonial exige un daño efectivo¹⁸. Así las cosas cabe preguntarse, como decíamos, por el procedimiento sustitutivo del viejo procedimiento de reintegro de gastos médicos. En este sentido entendemos que puede perfectamente articularse, sin más, como un procedimiento administrativo ordinario, iniciado mediante solicitud del interesado en los términos de los artículos 70 y siguientes de la Ley 30/1992. Agotada la vía administrativa, el particular podría interponer el oportuno recurso contencioso-administrativo frente a la eventual denegación expresa o presunta del reembolso invocando como título jurídico de la pretensión el reconocimiento del derecho que realiza el antes mencionado artículo 4.3 del RD 1030/2006, que, recordémoslo, no debe reputarse una norma de Seguridad Social sino una disposición sanitaria en la medida en que constituye el desarrollo normati-

vo parcial de la Ley 16/2003, de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud¹⁹.

Finalmente, cabe plantearse si en los supuestos de espera, con o sin urgencia vital, el paciente podría interponer el recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la administración. Obviamente, en este caso no se persigue reembolso alguno sino tan sólo recibir la asistencia debida. En este sentido, el artículo 25.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, declara admisible el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, “en los términos establecidos en esta Ley”. Dichos términos son concretados en el artículo 29.1 que dispone que “cuando la Administración, *en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación* o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.

Como es lógico, el problema que presenta la aplicabilidad del precepto a las demoras radica en el presupuesto de la norma, en el caso que nos ocupa, la existencia de una “*disposición general que no precise de actos de aplicación*”. En este sentido, no debiera descartarse la aplicabilidad del precepto procesal cuando la demora persistiera una vez transcurrido el plazo máximo de respuesta fijado normativamente por la respectiva Comunidad Autónoma. En tal supuesto, creemos que no resultaría descabellado entender que nos encontramos ante una disposición general (la norma autonómica de fijación de plazos máximos de respuesta, a la que más tarde haremos referencia) que

¹⁸ GUERRERO ZAPLANA, J., op.cit., distingue los supuestos en los que la tardanza en la demora provoca un daño – que generan sin duda responsabilidad-, de los supuestos en los que la reclamación se funda en el daño que se pueda haber ocasionado a consecuencia, precisamente, de haber incluido a un determinado paciente en lista de espera, concluyendo que “cuando en un funcionamiento normal de la Administración se produce una lista de espera (fenómeno que se debe considerar asumible) que retrasa una determinada asistencia un determinado período de tiempo que no se considera excesivo ni desproporcionado y, además, se encuadra al paciente dentro del grupo de espera más adecuado en atención a la naturaleza de su patología, podría entenderse que estamos ante una prestación asistencial que produce un daño que carece de la nota de antijuridicidad pues dicho retraso en la prestación de la asistencia médica debe ser soportado por el paciente afectado” (págs. 185 y 186).

¹⁹ El artículo 8 de la Ley 16/2003 prevé una cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud cuya concreción reglamentaria viene constituida por el RD 1030/2006. En el mismo sentido, el artículo 20.2 de la Ley determina que en el seno del Consejo Interterritorial se acordará la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones que se aprobará mediante Real Decreto.

no precisa de actos de aplicación al resultar de eficacia directa e inmediata. En cualquier caso, habría que estar obviamente a los términos de cada norma y a su concreta configuración que, como veremos, difieren en la mayor parte de las Comunidades Autónomas. Todo ello se entendería, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad alternativa del usuario de acogerse al sistema de garantías de su Servicio de Salud y ejecutar la garantía acudiendo a un centro privado, siendo ulteriormente reembolsado por los gastos. Como hemos señalado, la alternativa que aquí planteamos sería eficaz sólo para aquéllos ciudadanos que, aún habiendo transcurrido los plazos máximos, desean ser atendidos en la sanidad pública, supuesto por otra parte muy habitual en la práctica cotidiana.

3. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE TIEMPOS MÁXIMOS DE RESPUESTA.

3.1. Configuración normativa de la garantía de tiempo de las prestaciones sanitarias.

Una vez descrita someramente la situación normativa y jurisprudencial del régimen jurídico del reembolso de gastos médicos, ya sea por la vía del reintegro ya por la vía de la responsabilidad patrimonial, ya por los otros mecanismos procedimentales que aquí hemos planteado, procede hacer referencia a un cuarto remedio específico. Se trata del sistema de garantías de tiempos máximos de respuesta implantado en buena parte de las Comunidades Autónomas.

Debe señalarse que nada se decía en el ordenamiento español sobre plazos máximos de demora en el acceso a la asistencia hasta que la Ley 16/2003 reguló, sin bien con carácter general, seis grandes garantías de las prestaciones sanitarias, entre las que se incluye la garantía de tiempo²⁰. Nótese que la técnica legal empleada va más allá del mero enunciado indicativo de los derechos del usuario, al tratar precisamente de establecer una herramienta de garantía de los mismos que asegure el correcto desenvolvimiento de las prestaciones. En este sentido, las garantías de las prestaciones sanitarias constituyen un instrumento tuitivo del

usuario que tiene sus paralelismos con las técnicas de protección de los consumidores y usuarios.

Así las cosas, resulta fundamental diferenciar, de una parte, el derecho a recibir las prestaciones sanitarias en un plazo máximo, y de otra, la garantía en caso de incumplimiento de tal plazo. En este sentido, la Ley 16/2003 reconoce al usuario el genérico derecho a recibir asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de residencia en un plazo máximo (artículo 4.b). Cuestión distinta es la garantía de tiempo regulada, de forma ciertamente tibia, en el artículo 25.1, en el que se establece que “en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante Real Decreto. Las Comunidades Autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco”. La primera cuestión que llama la atención en el precepto es el modesto papel reservado al Consejo Interterritorial que no puede fijar los tiempos máximos sino, tan sólo, los “criterios marco” a los que deben ajustarse las Comunidades Autónomas. Cabe destacar que hubiera resultado perfectamente posible que la Ley hubiera atribuido al Estado la competencia de fijación, no ya de los confusos “criterios marco”, sino de los plazos máximos, sin perjuicio de que cada Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su competencia, pudiera optar por reducirlos. Ello hubiera sido perfectamente coherente con la técnica empleada respecto a la extensión de la cartera de servicios: coexiste un mínimo común prestacional en el conjunto del Sistema Nacional de Salud fijado por el Estado (cartera de servicios comunes) y la posibilidad de ampliación de dicho contenido por las Comunidades Autónomas (carteras de servicios complementarias)²¹. No se entiende por qué se empleó esta satisfactoria configuración para el contenido de las prestaciones y se prescindió de la misma para sus garantías. Todo ello hubiera resultado además plenamente respetuoso con el alcance constitucional del título que sobre legislación básica en materia sanitaria ostenta el Estado (artículo 149.1.16ª CE) pues, en ningún caso, se estaría

²⁰ Los artículos 23 y siguientes de la Ley 16/2003 regulan las garantías de accesibilidad, de movilidad, de tiempo, de información, de seguridad y de calidad.

²¹ El artículo 7.2 de la Ley 16/2003 dispone que “las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán cuando menos la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud”.

agotando la materia al resultar posible que la legislación autonómica de desarrollo fijara plazos aún menores²². Se trataría en definitiva de una fórmula que permitiría conciliar el principio de igualdad y el principio de autonomía. Si bien el concepto de autonomía implica en sí mismo desigualdad, la misma puede ser parcialmente corregida en sus aspectos fundamentales²³, razón por la que creemos que la fijación de plazos máximos comunes sería incluso uno de los supuestos en los que se encontraría plenamente justificada la invocación estatal del artículo 149.1.1ª CE, si se entendiera que la apelación al artículo 149.1.16ª CE resultara insuficiente²⁴.

²² Las Comunidades Autónomas podrían de este modo llevar a cabo una política propia en materia de plazos máximos, respetando así el criterio que sobre el alcance de lo básico determinó la Sentencia de Tribunal Constitucional 50/1999, de 6 de abril (RTC 1999/50) citando, a su vez la Sentencia de Tribunal Constitucional 147/1991: “(...) la definición de las bases en el ámbito de la legislación compartida tiene por objeto crear un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación”.

²³ La posibilidad que apuntamos se enmarca en la doctrina constitucional sentada en la STC 37/1987, de 26 marzo, (RTC 1987/37), cuyo Fundamento Jurídico 10 señala que “el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales” (La cursiva es nuestra).

²⁴ El polémico precepto atribuye al Estado competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Téngase en todo caso en cuenta que, como señala MARTÍN REBOLLO, L. “el recto entendimiento de este precepto no es cuestión pacífica y tampoco acabada” (*Leyes Administrativas*, 14ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 191. En todo caso, el artículo 149.1.1ª CE ha sido expresamente invocado por el Estado en la Ley 16/2003 (Disposición Final Primera) aunque esta circunstancia tam-

Otro aspecto importante del frugal diseño de la garantía de tiempo en la Ley 16/2003 radica en el alcance de la intervención del Consejo Interterritorial en la fijación de los criterios marco, prevista tanto en el artículo 25 como en el artículo 71.1.d). No acaba de quedar claro en el texto legal si el órgano realmente competente para fijar los criterios marco es el Consejo Interterritorial, debiendo limitarse el Real Decreto ulterior a ratificarlos formalmente, o si, por el contrario, el acuerdo del Consejo Interterritorial constituye un mero trámite previo, descansando la competencia real en el Gobierno de la Nación que podría apartarse incluso del acuerdo del Consejo Interterritorial²⁵. En este sentido, si se sostiene la competencia estatal para fijar los mencionados criterios marco, no acaba de entenderse la referencia a que “en el seno del Consejo Interterritorial *se acordarán* (...)”. No faltan en la literatura jurídica autores que entienden que el Consejo es un órgano estatal²⁶, pero acaso hubiera resultado más eficaz prescindir de la polémica sobre la compleja naturaleza jurídica del mismo por la vía de declarar competente para la

co constituye un argumento sólido pues se cita igualmente, de forma manifiestamente incorrecta, el artículo 149.1.17ª relativo al régimen económico de la Seguridad Social.

²⁵ Desde luego, esta última era la opción que lucía en el texto del Proyecto de Ley que atribuía al Consejo Interterritorial un mero papel consultivo pues se señalaba que “mediante Real Decreto, *previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, se establecerá el marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 126-1, 13 de diciembre de 2002). BELTRÁN AGUIRRE, J.L. en “Anotaciones...”, ob.cit., pág. 130, sostiene la primera de las opciones planteadas señalando que tanto en los artículos 25 como 27.3 de la Ley de Calidad y Cohesión, “se reconoce al Consejo Interterritorial auténtica capacidad de decisión, de manera que el Ministerio de Sanidad y Consumo se limita a asumir esa decisión plasmándola en el correspondiente Real Decreto de carácter básico” “Anotaciones...”, ob.cit., pág. 130.

²⁶ TORNOS MAS J., ob.cit., pág. 10, señala que “el Consejo Interterritorial no es una Conferencia Sectorial, un lugar de encuentro entre Gobierno central y Comunidades Autónomas para tratar de articular fórmulas de colaboración. El CI es un *órgano de la Administración central* en el que se concreta la función de coordinación del Estado”. BELTRÁN AGUIRRE, J.L. en “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, nº 2, 2002, pág. 140, se adhiere a tal posición, si bien matiza que se trataría de “un órgano estatal, no un órgano de la Administración estatal”.

fijación de los criterios marco al Gobierno de la Nación, sin perjuicio de la preceptiva consulta al Consejo. En todo caso, entendemos que existe en la Ley 16/2003 manifiesta contradicción interna en la regulación del Consejo pues, si bien se le atribuyen en determinados supuestos decisiones ejecutivas, como parece suceder en el caso que nos ocupa, la propia Ley señala de forma expresa que sus funciones “se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales y, en su caso, normativas de la Administración General del Estado, así como de las competencias de desarrollo normativo, ejecutivas y organizativas de las Comunidades Autónomas” (artículo 71.1 *in fine*) y, sobre todo, que “los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de *recomendaciones* que se aprobarán, en su caso, *por consenso*” (artículo 73.2), aspecto este reiterado nuevamente en el artículo 71.1 cuando señala que el Consejo “*conocerá, debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones*”. Se trata, como puede verse, de preceptos que parecen atribuir al Consejo una naturaleza de órgano meramente deliberante²⁷.

²⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., considera al Consejo un órgano deliberante señalando en “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, Documentos de trabajo (Laboratorio de Alternativas), nº 89, 2006, que “ni tales recomendaciones (que, por lo demás, deben ser adoptadas necesariamente por consenso) pueden sustituir la voluntad normativa del Gobierno, de manera que se presenten como normas del Estado lo que no son sino acuerdos del Consejo Interterritorial, ni, como queda explicado, proceder a su bloqueo” (pág. 45). Más adelante, el autor defiende que la Ley “ha sido concebida pensando en una actuación del Consejo preferentemente deliberativa, aunque dicha intervención aboque a consecuencias dictaminadoras preceptivas y aun determinadoras de la resolución en que el procedimiento finalice” (pág. 46). Por su parte, VAQUER CABALLERÍA, M. en “La coordinación y el Consejo Interterritorial de Salud” en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Coords.). *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 132 y 133, entiende excluidos del régimen del consenso dos tipos específicos de acuerdos que también puede adoptar el Consejo y que la Ley diferencia formal y expresamente de las recomendaciones: los acuerdos de cooperación para llevar a cabo actuaciones sanitarias conjuntas (artículo 72 de la Ley 16/2003) y el Reglamento interno del Consejo (artículo 73.1). Las peculiares características de funcionamiento del Consejo han llevado a autoras como ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., a sostener críticamente que “tal y como lo ha regulado el legislador, parece que su existencia tiene una importancia relativa, y difícilmente va a servir para conseguir un sistema sanitario público armónico, cohesionado y de calidad” (“El sistema

Debe finalmente dejarse constancia de la existencia, al menos, de criterios normativos comunes en materia de información de listas de espera. Tales criterios se han determinado en el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, de medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, que fija una serie de criterios, indicadores y requisitos mínimos y comunes en materia de tratamiento de las listas de espera con el fin de posibilitar el análisis de los resultados y necesidades y garantizar al ciudadano una información transparente y uniforme. La norma exige en su artículo 1.2 la adopción de cuatro tipos de medidas: a) la implantación de un sistema de información en materia de listas de espera para consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas en el Sistema Nacional de Salud; b) la definición de los criterios e indicadores básicos, mínimos y comunes para una adecuada indicación y priorización de los pacientes en lista de espera en el Sistema Nacional de Salud²⁸; c) la información que deba facilitarse a los ciudadanos en materia de listas de espera; y d) las garantías de información sobre demora en el acceso a consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas en el Sistema Nacional de Salud. El RD 605/2003 contiene una curiosa paradoja: si bien su entrada en vigor es posterior a la Ley 16/2003, su aprobación es anterior a la misma por lo que difícilmente puede considerarse en sentido estricto una norma de desarrollo reglamentario, cuando la ley

nacional de salud como sistema: realidad y carencias”, *Derecho y salud*, Vol. 15, 2007, pág. 18).

²⁸ La priorización es una importante medida en materia de gestión de listas de espera, que no se rige necesariamente por el viejo brocardo jurídico-registral “*prior tempore, potior iure*” (el primero en el tiempo tiene mejor derecho) sino también en función de criterios explícitos relacionados con la gravedad del proceso, la probabilidad de mejora y las circunstancias sociales del paciente. Por ello el artículo 3.1 del RD 605/2003 determina que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud establecerá criterios de priorización de pacientes, rigiendo - hasta que tales criterios queden aprobados- los contenidos en el Anexo III del propio Real Decreto. Sobre priorización en listas de espera, *vid.* ABAD ROMERO, P., ÁLVAREZ GARCÍA B., RODRÍGUEZ MÍGUEZ E. y RODRÍGUEZ SAMPAYO A., “Preferencias sociales en las decisiones públicas: priorización de pacientes en listas de espera quirúrgicas”, *Hacienda Pública Española*, nº 179, 4/2006, págs. 113-134.

desarrollada aún no existía²⁹. Con independencia de lo anterior, la norma merece una valoración positiva en cuanto reacción frente a eventuales intentos autonómicos de “maquillaje” de sus listas de espera bajo el expediente de la utilización de criterios propios para la medida de las mismas. Siendo esta su principal virtud, lo que no es poco, debe también subrayarse que no se trata en ningún caso de un remedio normativo de carácter reparador frente a las demoras: el RD 605/2003 se limita a permitir que las listas se midan bajo criterios y definiciones comunes y que resulten conocidas por los ciudadanos. Por ello, más que una garantía de tiempo, el conjunto normativo constituye más bien una manifestación de la garantía de información prevista en el artículo 26.1 de la Ley 16/2003, como, por otra parte, reconoce la propia disposición reglamentaria al rubricar sus artículos 4 y 5, respectivamente, como “garantías de la información que debe facilitarse a los ciudadanos” y “garantías de información sobre demoras máximas en el acceso a consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas no urgentes en el Sistema Nacional de Salud”.

3.2. Elementos subjetivos de la garantía de tiempo.

a) *El garante*: Las seis garantías legales establecidas en la Ley 16/2003 son aplicables al conjunto de centros del Sistema Nacional de Salud, pero, además dos de ellas –la garantía de seguridad y la garantía de calidad– resultan exigibles tanto a centros públicos como a centros privados (artículo 29). Consecuentemente, la garantía de tiempo no resulta de aplicación a los centros privados, en el bien entendido de que el concepto de “centros privados” a estos efectos no debe entenderse como equivalente a centros de personificación jurídico-privada, ni siquiera a centros de titularidad privada, sino a centros no integrados en el Sistema Nacional de Salud. En efecto, forman parte del Siste-

ma Nacional de Salud los centros personificados bajo alguna de las formas de Derecho Privado (sociedad mercantil o fundación privada en mano pública) vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas³⁰. De la misma forma, el dato de la titularidad formal no es determinante para la concurrencia de la posición de garante toda vez que entendemos que los centros de titularidad privada pero concertados con las Administraciones Públicas deben prestar las mismas garantías que los centros de titularidad pública. En este sentido, esta extensión constituye el corolario del progresivo deslizamiento del concepto de sanidad pública que originariamente descansaba en la naturaleza jurídico-administrativa del prestador del servicio

³⁰ En este sentido, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud permite que “en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho” (artículo 1.1). En desarrollo de la facultad concedida al Gobierno, la Ley ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, que permite la gestión del SNS mediante cuatro fórmulas organizativas: dos de derecho público (consorcios y fundaciones públicas sanitarias) y dos de derecho privado pero de titularidad pública (fundaciones privadas en mano pública y sociedades mercantiles estatales). En todo caso, cualquier duda que existiera al respecto queda claramente disipada con la lectura del propio artículo 8 del RD 29/2000 que dispone que “el Instituto Nacional de la Salud (léase hoy Servicio de Salud autonómico o INGESA) garantizará, en todo caso, que la atención sanitaria que se preste en todos los centros sanitarios, con independencia de que tengan personalidad jurídica, se efectúe con el alcance y en los términos previstos en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”. Obviamente, si bien es cierto que el RD 63/1995 -ya derogado- no regula ninguna garantía de tiempo, la remisión ha de interpretarse necesariamente en el sentido de que las garantías son exactamente iguales a las que puedan existir en cualquier centro sanitario público, como corolario lógico de la pertenencia de este tipo de entidades al Sistema Nacional de Salud. Asimismo, el artículo 9 del RD 29/2000 regula las garantías de los ciudadanos disponiendo que el extinto Instituto Nacional de la Salud, en el ámbito de sus competencias, garantizará asimismo el respeto y la protección de todos los derechos reconocidos legalmente a favor de los ciudadanos, estableciendo procedimientos y órganos que faciliten la exigencia y el cumplimiento de los mismos. Para el estudio sobre las nuevas formas de gestión, puede consultarse la monografía de DOMINGUEZ MARTÍN, M. *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2006.

²⁹ En efecto, mientras la Ley 16/2003 tiene por fecha el 28 de mayo de 2003, el RD 605/2003 fue aprobado cinco días antes, esto es, el 23 de mayo de 2003. Sin embargo, la Ley entró en vigor el día 30 de mayo (al día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* que tuvo lugar el 29 del mismo mes -Disposición Final 6ª-), mientras que el Real Decreto lo hizo el 6 junio (al día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* que tuvo lugar el 5 de junio -Disposición Final 3ª).

para más adelante pivotar sobre la nota de la titularidad pública al margen de la personificación. Hoy en día, determinados ordenamientos autonómicos prescinden incluso de ambos criterios para extender el concepto a los centros concertados, de modo que la nota delimitadora de la frontera entre lo público y lo privado resultaría ser la fuente de financiación³¹. Al margen del planteamiento anterior, la aplicación del régimen legal de garantías de tiempo a los centros concertados deriva también de la propia condición del concierto como modalidad del contrato de gestión de servicio público³², razón por la que el artículo 90.6 de la Ley General de Sanidad establece que en cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos, sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios.

b) *El titular de la garantía*: Dicha cuestión nos remite a la determinación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública que el artículo 3.1 de la Ley 16/2003 atribuye a los siguientes sujetos: a) todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros

en España y su integración social; b) los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación; y c) los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos. En relación con la cuestión de los extranjeros debe señalarse que el mencionado artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente³³. En cuanto a los extranjeros residentes ilegales, el precepto reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en tres casos: urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa; personas menores de dieciocho años; y mujeres embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto. Atendiendo a este ámbito subjetivo de aplicación del derecho a la asistencia sanitaria pública, la garantía de tiempo tiene lógicamente como titular al beneficiario de la prestación sanitaria garantizada.

3.3. Elementos objetivos de la garantía de tiempo.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 25.1 de la Ley 16/2003 la garantía de tiempo recaería en principio sobre el conjunto de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, cuya ordenación se contiene en los artículos 11 y siguientes del texto legal. Se trata de la prestación de salud pública, de atención primaria, de atención especializada, de atención sociosanitaria, de atención de urgencia, farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Debe tenerse en cuenta no obstante, la exclusión normativa de la

³¹ Cabe citar, *ad exemplum*, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria cuyo artículo 8.2 establece que “el Sistema Sanitario Público de Cantabria podrá incluir entre los servicios sanitarios que presta a los destinatarios de la presente Ley, los desarrollados en los establecimientos sanitarios de otras Administraciones públicas o de ámbito privado, cuando sean financiados por el Gobierno de Cantabria, en los términos que prevean los respectivos acuerdos, convenios, conciertos, o cualquier otro instrumento admitido en Derecho”, o la reciente Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, cuya Disposición Adicional Primera determina que “el sistema sanitario público impulsará la planificación sanitaria y la optimización de los recursos asistenciales, materiales y humanos, a través de la Red sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia, en la que se integrarán los centros y establecimientos sanitarios de titularidad pública y aquellos de titularidad privada que, mediante los instrumentos jurídicos establecidos legalmente, establezcan vinculación con el Servicio Murciano de Salud para la prestación de asistencia sanitaria pública, garantizando así la calidad y homogeneización de la atención de cobertura pública”.

³² Artículo 253.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

³³ Como apunta PEMAN GAVIN, J., en “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 18, 2008, pág. 53, el legislador orgánico resuelve la cuestión “en términos ciertamente abiertos al no exigir que los extranjeros tengan una situación de residencia legal en España para beneficiarse de la asistencia sanitaria pública: basta al efecto tan sólo el empadronamiento en alguno de los municipios españoles”. En el mismo sentido, KAHLE CARRILLO, D.T., “La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España” *Derecho y Salud*, Vol. 15, nº 1, 2007, pág. 108.

garantía de tiempo para determinadas prestaciones, tales como la prestación farmacéutica ya que, de acuerdo con el artículo 16 se rige por su normativa específica, actualmente constituida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Otro tanto cabría decir de la prestación de atención sociosanitaria, cuya vigencia como prestación del Sistema Nacional de Salud es cuanto menos dudosa desde la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁴. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que, tanto la fijación de criterios comunes en materia de información por el RD 605/2003, como la fijación de plazos máximos de respuesta por la normativa autonómica, se han centrado exclusivamente en la prestación de atención especializada, por ser ésta la que tradicionalmente ha generado demoras no razonables en el Sistema Sanitario Público. Concretamente, tanto el RD 605/2003 (artículo 2.4) como las normas autonómicas se centran en tres supuestos: consultas externas, pruebas diagnósticas y terapéuticas e intervenciones quirúrgicas.

Finalmente, la configuración normativa del elemento objetivo de la garantía temporal se cierra con la exclusión por el artículo 25.2 de la Ley 16/2003 de las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos -cuya realización dependerá de la disponibilidad de tales órganos- así como de la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe. Desde el punto de vista de los criterios de información, el artículo 1.3 del RD 605/2003 reproduce tales exclusiones añadiendo las consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas de carácter urgente -lo que resulta lógico dado el carácter teóricamente incompatible entre la urgencia y la demora: en la atención urgente no hay, no debiera haber, listas de espera-. Finalmente, si bien se trata de una declaración que entendemos ociosa por obvia, el precepto estatal señala expresamente como excluidas “las actividades sanitarias no contempladas en la legis-

lación vigente como prestaciones básicas y comunes del Sistema Nacional de Salud”.

3.4. Sistemas autonómicos de garantías de tiempos máximos de respuesta.

La práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han aprobado su normativa específica para asegurar a los pacientes tiempos máximos de respuesta y acceso a determinadas prestaciones de atención especializada no urgente así como un sistema de garantías para el caso de superación de tales plazos³⁵. Dichos sistemas sustancialmente consisten en que, transcurrido el plazo máximo de respuesta sin que se haya dispensado la prestación, se reconoce al paciente el derecho a recibir, previa autorización, la asistencia sanitaria en un centro privado, cuya facturación, hasta determinado límite, es soportada por el correspondiente Servicio Autonómico de Salud. Ahora bien, las disposiciones autonómicas reguladoras del sistema de garantías constituyen un abanico de extraordinaria variedad, difiriendo en las prestaciones garantizadas, en los tiempos máximos fijados³⁶ e incluso en el

³⁵ Existen Comunidades Autónomas que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, no tienen un sistema normativo de garantías de tiempos máximo de respuesta propiamente dicho, como es el caso del Principado de Asturias, y de la Comunidad de Madrid en la que los plazos constituyen objetivos institucionales encuadrados en el Plan Integral de Reducción de las Listas de Espera y fijados por la Unidad Central de Gestión de la Lista de Espera, creada por Decreto 62/2004 de 15 de abril.

³⁶ REY DEL CASTILLO, J., advierte en las Comunidades Autónomas “una tendencia clara a la competición, en términos de mejorar las garantías establecidas en otros servicios próximos” (“¿Son los servicios regionales de salud en España la garantía de la protección sanitaria universal?”, *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 5, nº 1, 2007, pág. 52). Por el contrario, nosotros entendemos que dicha circunstancia debe necesariamente ser asumida en virtud del principio de autonomía proclamado en los artículos 2 y 137 CE y que, como decíamos antes, implica necesariamente desigualdad precisamente como consecuencia derivada de la posibilidad de ejecutar políticas propias y de priorizar objetivos específicos. Como señala BELTRÁN AGUIRRE J.L., en “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”, *Derecho y Salud*, Vol. 2, 2002, pág. 89, “la uniformidad absoluta del *quantum* prestacional sanitario para toda la población, chocaría frontalmente con la esencia de nuestro Estado autonómico, que permite diferentes *status* del ciudadano derivados del legítimo ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias”. Sin perjuicio de lo anterior, debemos insistir en que el necesario respeto al principio de autonomía no empece la posibilidad jurídica de fijar en la legislación básica

³⁴ El desconcierto sobre el sistema en el que procede encuadrar la prestación de atención sociosanitaria se ha visto también incrementado con la aprobación del RD 1030/2006 que ha derogado, como es lógico, el anterior RD 63/1995, salvo en su Disposición Adicional Cuarta, que se declara vigente “en tanto se desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria”.

rango formal de la norma reguladora de la materia. Respecto a las prestaciones garantizadas, sólo una parte de las Comunidades Autónomas las extienden a la clásica trilogía de consultas externas, pruebas diagnósticas y terapéuticas e intervenciones quirúrgicas³⁷. Las restantes Comunidades únicamente establecen un sistema de garantías respecto de la lista de espera quirúrgica, tradicionalmente la más preocupante. Debe advertirse en todo caso que es frecuente que la normativa autonómica de desarrollo no garantice todos los procesos asistenciales. Finalmente, en cuanto al rango normativo empleado para regular el sistema de garantías, la variedad es desconcertante pues se utiliza la Ley³⁸, el Decreto³⁹ e incluso la Orden⁴⁰.

Si bien coexisten tanto regulaciones completas que articulan un verdadero sistema como otras, más parcas en su contenido, que se limitan a disciplinar los aspectos básicos del reintegro, podemos tratar de glosar con carácter general los sistemas autonómicos implantados a partir de cuatro cuestiones fundamentales, sin perjuicio de las singularidades de cada norma autonómica.

En primer lugar, los sistemas definen el *ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de las garantías*. En cuanto a los beneficiarios de las garantías, algunas Comunidades exigen, además de residir en el territorio respectivo y de estar inscrito en el Registro de Pacientes en Lista de Espera, ser titular de la tarjeta sanitaria individual del correspondien-

te Servicio de Salud, lo que no se compadece con el ámbito subjetivo de la garantía temporal de la Ley 16/2003. En efecto, la tarjeta no debe concebirse como un documento con eficacia constitutiva del derecho a la asistencia sanitaria pública sino meramente acreditativo⁴¹. En otras palabras, existen titulares de tal derecho que carecen de tarjeta sanitaria -especialmente en los supuestos legales de asistencia sanitaria a los extranjeros residentes ilegales- que, en atención a dicha titularidad, deben ser también considerados beneficiarios de las garantías en relación con sus propios procesos. En cuanto al ámbito objetivo, cada Comunidad define, a los efectos de su norma, lo que ha de entenderse por consultas externas, pruebas diagnósticas y terapéuticas e intervenciones quirúrgicas. En este sentido, consideramos que, sin perjuicio de resultar recomendable, tales definiciones no tienen que ser necesariamente coincidentes con las previstas en los Anexos del RD 605/2003, toda vez que lo son a los únicos efectos de las garantías de tiempos máximos, mientras que las definiciones contenidas en la citada norma - según declara su propia Disposición Adicional Segunda- se establecen a los efectos de los datos que forman parte del Registro del Sistema Nacional de Salud.

En segundo término, las normas autonómicas regulan igualmente la fijación de los *plazos máximos de respuesta*, señalándose en la inmensa mayoría de los casos en días. Debe advertirse en este punto que, salvo que se haga referencia expresa a días naturales, los días habrán de entenderse hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos, pues no dejan de resultar plazos administrativos sujetos, por ello, al artículo 48.1 de la Ley 30/1992⁴². El inicio del plazo

un plazo máximo de respuesta común en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, que pudiera ser objeto de reducción potestativa por las Comunidades Autónomas, pues como se infiere de la STC 37/1987 anteriormente citada, la autonomía no es incompatible con una "igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales".

³⁷ Andalucía, Castilla-La Mancha, Cantabria, Extremadura, Baleares, Navarra, Rioja y Murcia.

³⁸ Castilla-La Mancha (Ley 24/2002, de 5 de diciembre), Cantabria (Ley 7/2006, de 15 de junio), Extremadura (Ley 1/2005, de 24 de junio), Navarra (Ley 14/2008, de 2 de julio) y Murcia (Ley 3/2009, de 11 de mayo).

³⁹ Andalucía (Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, y Decreto 96/2004, de 9 de marzo), Aragón (Decreto 83/2003, de 29 de abril), Baleares (Decreto 83/2006, de 22 de septiembre), Castilla y León (Decreto 68/2008, de 4 de septiembre), Cataluña (Decreto 354/2002, de 24 de diciembre), Galicia (Decreto 104/2005, de 6 de mayo), País Vasco (Decreto 65/2006, de 21 de marzo), Rioja (Decreto 56/2008, de 10 de octubre) y Valencia (Decreto 97/1996, de 21 de mayo).

⁴⁰ Canarias (Orden de 15 de mayo de 2003 y Orden de 26 de diciembre de 2006).

⁴¹ El artículo 57 de la Ley 16/2003 define la tarjeta sanitaria individual, como "el documento administrativo que acredita determinados datos de su titular", estableciendo el artículo 2 del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, que "las Administraciones sanitarias autonómicas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria emitirán una tarjeta sanitaria individual con soporte informático a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública". Ello plantea la cuestión de los extranjeros residentes ilegales, quienes, sin embargo, en determinados supuestos sí gozan del derecho a la asistencia sanitaria pública aún careciendo de tarjeta sanitaria.

⁴² El precepto dispone que "siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles,

máximo se suele computar desde la inscripción del paciente en el Registro de Pacientes de Lista de Espera, que constituye objeto frecuente de regulación en las disposiciones autonómicas. Al igual que se ha señalado para la definición de las prestaciones, este Registro de Pacientes en Lista de Espera se entiende solamente a efectos de las garantías y podrá coincidir o no con los Registros que preceptivamente deben disponer las Comunidades de acuerdo con el RD 605/2003, esto es, el “Registro de pacientes pendientes de consultas externas y pruebas diagnósticas/terapéuticas” y el “Registro de pacientes pendientes de intervención quirúrgica programada”, cuyos requisitos y criterios aparecen previstos respectivamente en los Anexos I y II de la mencionada norma.

En cuanto al *funcionamiento del sistema de garantías*, transcurrido el tiempo máximo de respuesta, el paciente podrá solicitar el reconocimiento del derecho a la garantía de atención sanitaria especializada, que se instrumenta a través de la expedición por el Servicio de Salud de un certificado de garantía. Si la persona usuaria no hubiera obtenido asistencia dentro del plazo máximo de respuesta, podrá requerir la atención en un centro sanitario privado que se autorice al efecto. El Servicio de Salud estará obligado al pago de los gastos derivados de dicha atención sanitaria con sujeción a las cuantías máximas que se acuerden. En definitiva, la fórmula elegida para hacer efectiva la garantía consiste en el reintegro total o parcial, según los casos, de los gastos derivados por la asistencia sanitaria prestada en los centros privados. Debe tenerse en cuenta que el certificado de garantía suele tener una vigencia temporal, transcurrida la cual sin que la persona interesada haya hecho uso de su derecho, el Servicio de Salud quedará exonerado del pago de los gastos en el supuesto de que la atención sanitaria se llegase a prestar posteriormente por un centro privado. En cualquier caso, debe quedar claro que el paciente que no ejecuta la garantía dentro de su plazo de vigencia, no debe desaparecer de la lista de espera. De lo contrario, los sistemas de garantías únicamente servirían como instrumentos de “maquillaje” de las listas de espera, especialmente si tene-

mos en cuenta la constatación sociológica de que un importantísimo número de pacientes prefiere ser atendido en la sanidad pública aún a costa de la demora. Nunca el rechazo a la garantía debe suponer la exclusión del usuario de la lista de espera.

Finalmente, las normas autonómicas regulan las *causas de extinción de la garantía*⁴³. Debemos insistir nuevamente en que una cuestión es la extinción o pérdida de la garantía y otra muy distinta la baja del usuario en los Registros de Pacientes en Lista de Espera previstos en el RD 605/2003.

Con todo, debe señalarse que las Comunidades Autónomas no sólo han diferido en la regulación de los plazos y de sus garantías sino también en la solución práctica del fenómeno de las esperas. En este sentido, caben dos posturas extremas: concentrar el esfuerzo presupuestario en la concertación privada⁴⁴ e incluso en la autoconcertación⁴⁵, con el

⁴³ Así, suelen mencionarse la satisfacción de la demanda de atención sanitaria especializada; el establecimiento de la contraindicación o no necesidad de la atención sanitaria especializada; la falta de asistencia injustificada a la cita programada; el no haber sido localizado para recibir la asistencia tras haberlo intentado de modo fehaciente; la cancelación del asiento a solicitud expresa del interesado; el fallecimiento del interesado o el rechazo por parte del paciente -dentro del plazo máximo de respuesta que se fije para cada proceso- de la oferta de un centro asistencial público o concertado distinto del de referencia. En este último supuesto, el paciente no debe sufrir ninguna demora añadida en el centro sanitario correspondiente para la atención sanitaria especializada que motivó su ingreso en el Registro.

⁴⁴ Un análisis sobre la concertación como mecanismo de reducción de las listas de espera puede encontrarse en GONZÁLEZ-BUSTO MÚGICA, B. y LÓPEZ BAYÓN, S., “La subcontratación de actividad sanitaria como mecanismo para la reducción de listas de espera”, *Dirección y organización: Revista de dirección, organización y administración de empresas*, nº 25, 2001, págs. 89-96, quienes afirman que “el objetivo que debe plantearse el sistema sanitario, no es la total eliminación de las listas de espera, ya que éstas cumplen una doble función. Por un lado desincentivar la demanda oculta de servicios sanitarios y, por otro lado, facilitar la planificación de tareas. Por ello en adelante se hará referencia al objetivo de reducción y no de supresión de las listas de espera” (pág. 89, nota 2).

⁴⁵ Eufemismo que viene referido a lo que se conoce en el argot sanitario como “peonadas”. La autoconcertación constituye el recurso a los profesionales del propio Servicio de Salud que realizan la asistencia fuera de su jornada ordinaria mediante una retribución adicional extraordinaria con el fin de atender la demanda asistencial pendiente y así reducir las listas de espera. En muchas de las Comunidades Autónomas existen programas de autoconcertación, algunos de ellos publicados incluso en su diario oficial, si bien los instrumen-

excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones”.

fin de lograr que no se llegue a superar nunca el plazo máximo de espera o bien, destinar el presupuesto a la financiación del propio sistema de garantías, asumiendo que siempre podrán existir demoras no razonables. Probablemente, la reducción significativa de las demoras venga dada por la combinación de medidas de distinto tipo, si bien el recurso a la autoconcertación debiera emplearse sólo con carácter subsidiario y para eliminar cotas coyunturales de crecimiento realmente insoportables. La implantación de un sistema de garantías de tiempos máximos es una medida más, que persigue no tanto terminar con las listas de espera sino garantizar el derecho de los pacientes a ser atendidos en un determinado plazo, con el objetivo adicional de constituirse como un elemento integrador de las distintas acciones llevadas a cabo para el abordaje de las demoras en atención especializada. Este carácter integrador viene dado por dos circunstancias decisivas. En primer lugar, se articula, por medio de una norma jurídica vinculante que plasma el derecho de los ciudadanos a no esperar más que los plazos previstos y el correlativo deber de la Administración sanitaria de proporcionar la asistencia en tiempo o, en su defecto, de asumir los gastos de la atención sanitaria privada. En segundo término, las normas sobre garantías de tiempos máximos, a través de los sistemas de información que regulan, deben coadyuvar a identificar problemas estructurales y organizativos, detectar cuellos de botella, planificar la gestión y la distribución de recursos e informar a la población y al resto de las Administraciones de los datos exactos y actualizados sobre listas de espera y del establecimiento de procedimientos de priorización. Con independencia de todo ello, resulta preciso articular construcciones normativas que permitan la exigibilidad real y efectiva del derecho subjetivo a

tos de aprobación de los mismos –Acuerdos, Resoluciones– revelan la ausencia de carácter normativo y su mera naturaleza de actos generales (*v.gr.* Acuerdo del Consell de la Generalitat Valenciana de 13 de mayo de 2008, por el que se establece el Programa de Autoconcertación para la reducción de la lista de espera quirúrgica del sistema sanitario público de la Comunidad Valenciana- DOCV de 13 de mayo de 2008-; Resolución del Servicio Aragonés de Salud de 16 de mayo de 2008, por la que se establecen instrucciones para realizar la actividad de autoconcierto –BOA de 3 de junio de 2008-). Los programas de autoconcertación, cuando tienen carácter estructural y permanente, resultan criticables por su carestía y por constituir un incentivo a la disminución del rendimiento quirúrgico durante la jornada ordinaria con el fin de mantener la pervivencia del propio programa.

los plazos máximos, reforzando de este modo la posición jurídica del paciente, término que, recordémoslo, en el ámbito sanitario no viene referido al que tiene paciencia sino al que padece.

4. CONCLUSIONES ⁴⁶

Primera.- El concepto mismo de “lista de espera” no es necesariamente negativo. En efecto, las listas de espera, en principio, pueden constituir una herramienta de racionalización y planificación del acceso al sistema sanitario público, siempre y cuando resulten razonables. Por ello, las demoras se convierten en un problema cuando devienen excesivas, produciendo, además del eventual deterioro de la situación clínica del paciente, una grave pérdida de la confianza de la ciudadanía en el sistema sanitario público. Son por ello, la “*asignatura pendiente*” de nuestro Sistema Nacional de Salud, que también puede “*morir de éxito*”, especialmente, si no se articulan soluciones efectivas para los supuestos asistencial y socialmente inadmisibles.

Segunda.- Ante el fenómeno de las listas de espera excesivas, la posición jurídica del paciente ha sido tradicionalmente abordada en nuestro ordenamiento jurídico a través de dos mecanismos correctores claramente insuficientes: el reintegro de gastos sanitarios, en supuestos de asistencia prestada por medios ajenos al Sistema Nacional de Salud, y la indemnización por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuando la demora haya generado un daño. Junto a estas dos técnicas, resulta preciso abordar el análisis de otros procedimientos alternativos que traerían causa de la actual incardinación de las prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud con el consiguiente abandono de su consideración como prestaciones de Seguridad Social.

Tercera.- En relación con la garantía de tiempo de las prestaciones sanitarias y los plazos

⁴⁶ Como coordinador de la mesa de trabajo dedicada a las listas de espera en el XVIII Congreso de Derecho y Salud, quisiera agradecer la activa participación de todos los congresistas y, en especial, las sugestivas y valiosas reflexiones que, sobre el resultado del debate mantenido, me ha hecho llegar Nuria GARRIDO CUENCA, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y conocida experta en el ámbito jurídico-sanitario, con la que ha sido un auténtico placer profesional contrastar criterios en la materia.

máximos de respuesta, hubiera resultado perfectamente posible que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud hubiera atribuido al Estado la competencia de fijación, no ya de los confusos “criterios marco”, sino de los plazos máximos comunes al conjunto del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de su reducción potestativa por cada Comunidad Autónoma. Como hemos señalado, si bien el concepto de autonomía implica en sí mismo desigualdad, la misma puede ser parcialmente corregida en sus aspectos fundamentales, razón por la que creemos que la fijación de plazos máximos comunes sería incluso uno de los supuestos en los que se encontraría plenamente justificada la invocación estatal del artículo 149.1.1ª CE, si se entendiera que la apelación al artículo 149.1.16ª CE resultara insuficiente.

Cuarta.- Las disposiciones reguladoras del sistema de garantías de plazos máximos de respuesta de las diferentes Comunidades Autónomas se caracterizan por su heterogeneidad, difiriendo en las prestaciones garantizadas, en los tiempos máximos fijados e incluso en el rango formal de la norma reguladora de la materia. En todo caso, cabe insistir en que el paciente que no ejecuta la garantía autonómica dentro de su plazo de vigencia, no debe desaparecer de la lista de espera a los efectos del RD 605/2003. De lo contrario, los sistemas de garantías actuarían como meros instrumentos de “maquillaje” de las listas de espera, sobre todo, desde la consideración sociológica y estadística de la nada infrecuente preferencia por la sanidad pública, aún a costa de la demora.

Quinta.- Las Comunidades Autónomas también difieren en muchos casos en la solución práctica del fenómeno de las esperas. Sin perjuicio de la necesaria implementación de criterios de priorización, sea cual fuere la política seguida, lo cierto es que debe procurarse una financiación suficiente y adecuada para garantizar un auténtico derecho subjetivo del paciente a recibir las prestaciones sanitarias en un plazo máximo, de modo resulte exigible administrativa y judicialmente y no resulte condicionado por las disponibilidades presupuestarias.